

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 602

Panamá, 17 de mayo de 2018

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

Alegato de Conclusión.

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee, actuando en representación de la **Elektra Noreste, S.A. (ENSA)**, solicita se declare nula, por ilegal, el Artículo Primero (Anexo A) de la Resolución AN 10999-Elec de 3 de marzo de 2017, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, su acto modificatorio y que se hagan otras declaraciones.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, para presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior, el cual nos permite reiterar lo ya planteado en nuestra contestación de la demanda, en el sentido que no le asiste razón a la recurrente en cuanto a su pretensión que se declare nula, por ilegal, la Resolución AN 10999-Elec de 3 de marzo de 2017, emitida por la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, y su acto modificatorio.

Tal como iniciamos indicando en nuestra contestación a la demanda, de conformidad a las constancias que reposan en autos, se observa que mediante la Resolución AN 10999-Elec de 3 de marzo de 2017, la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos** procedió a calificar las solicitudes de eximencia de responsabilidad, por causal de fuerza mayor o caso fortuito, presentadas por **Elektra Noreste, S.A. (ENSA)**, por razón de las interrupciones en el servicio público de energía eléctrica ocurridas en el mes de octubre **de 2016** (Cfr. fs. 13-15 y 16-25 del expediente judicial).

En atención a lo anterior, la actora interpuso la acción contencioso administrativa que nos ocupa sustentando su accionar, entre otras cosas, en que a través de la emisión del acto objeto de

reparo se vulneraron los artículos 1 y 2 del Anexo A de la Resolución AN-3712- Elec de 28 de julio de 2010, modificada por la Resolución AN-4196-Elec de 25 enero de 2011; y los artículos 140, 145 y 146 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; por considerar que al rechazar estas solicitudes de eximencia de responsabilidad la Autoridad reguladora, lo hizo sin motivación alguna y sin realizar un análisis adecuado del material probatorio aportado en su momento por la empresa, lo que, a su juicio, son tecnicismos contrarios al principio de la sana crítica (Cfr. fs. 5-10 del expediente judicial).

Así las cosas, luego de haber realizado un análisis de las actuaciones procesales de la actora, esta Procuraduría reitera lo indicado en la Vista de contestación de la demanda, en la que indicamos que no le asiste razón; ya que, de acuerdo con las constancias procesales, la entidad demandada realizó, de manera detallada en el acto objeto de reparo un recuento de los hechos que dieran como resultado la declaratoria que se hizo a través de este, motivo por el cual carece de sustento factico el indicar que el acto acusado de ilegal no fue debidamente motivado (Cfr. fs.13-25 del expediente judicial).

Por otro lado, debemos reiterar que debe tomarse en cuenta que el artículo 2 del Anexo A de la Resolución AN-3712-Elec de 28 de julio de 2010, señala que los eventos de fuerza mayor o caso fortuito deben ser analizados en cada caso y ponderados por la Autoridad reguladora para poder determinar si constituyen o no sucesos eximentes de responsabilidad, tal y como se dio en el caso que nos ocupa, afirmación que podemos acreditar de la sola lectura del acto acusado, en donde se puede observar que la Autoridad Reguladora se pronunció en relación a cada una de las eximencias presentadas por la actora.

En lo que respecta a la acreditación de los hechos consistentes en casos fortuitos o fuerza mayor, debemos resaltar, tal y como lo hicimos en nuestra contestación de la demanda, que el acápite 1.5.1 del Anexo B de la Resolución JD-764 de 8 de junio de 1998, adicionado por la Resolución JD-4466 de 23 de diciembre de 2003, **enumera las pruebas que deben ser aportadas por las empresas distribuidoras para sustentar sus solicitudes de eximencia, algunas de las cuales no fueron suficientes para acreditar los acontecimientos descritos por la demandante en sus peticiones y en su recurso de reconsideración** (Cfr. fojas 26-46 del expediente judicial).

A los efectos de lo indicado en el párrafo anterior, resulta pertinente remitirnos a la parte motiva del acto modificatorio, que nos permiten apreciar, por un lado, el análisis realizado, y por el otro lado, las deficiencias probatorias en las que incurrió la demandante y que motivaron el rechazo de las mencionadas solicitudes. Veamos:

“4.21. Ahora bien, la omisión por parte de la prestadora en aportar pruebas válidas e idóneas no puede ser suplida por esta Autoridad Reguladora solicitando pruebas de oficio para acreditar los puntos que le favorecieran a los derechos cuya actuación pretende, **máxime cuando la carga de la prueba que le correspondía a la prestadora la realizó de manera defectuosa**, por lo que tal conducta procesal no puede ser suplida para mejorar o salvar los defectos que tenían las pruebas presentadas, ya que no es ésta la finalidad de las pruebas de oficio, y que de admitirse, lesionarían gravemente el principio dispositivo y de la carga de la prueba, tal cual quedó establecido en el Fallo de 24 de diciembre de 1998 (Registro Judicial, Septiembre, 1998, página 194).

...
4.23. No obstante, esta Autoridad Reguladora en su deber de revisar la calificación expedida mediante la resolución recurrida, **procedió a valorar nuevamente las pruebas contenidas en el expediente y ha estimado viable mantener el rechazo de CIENTO TREINTA Y TRES (133) solicitudes de eximencias recurridas y que están contenidas en el ANEXO A de la presente Resolución; y, aceptar los descargos presentados por los recurrentes para NOVENTA Y OCHO (98) de dichas incidencias las que están contenidas en el ANEXO C de la presente resolución**, por considerar que se pudo demostrar el nexo causal entre el evento y la prueba aportada.” (Cfr. fojas 33 y 34 del expediente judicial) (Lo resaltado es nuestro).

Del fragmento arriba transcrito se puede advertir sin mayor dificultad que la resolución emitida por el Administrador General de la **Autoridad Nacional de los Servicios Públicos**, al igual que su acto modificatorio, **sí fueron debidamente motivadas**. También permite arribar a la conclusión que la Autoridad reguladora analizó las pruebas que la empresa **Elektra Noreste, S.A. (ENSA)**, presentó junto con las solicitudes de eximencia de responsabilidad y con su recurso de reconsideración, pudiendo la actora demostrar en algunas de las incidencias, el nexo causal entre el evento y la prueba aportada; **sin embargo, en la gran mayoría de las incidencias, no se logró variar la decisión de rechazar tales peticiones, pues, según se ha observado, ello obedeció a causas atribuibles a la recurrente**, al no acreditar de manera eficiente los hechos planteados en sus escritos, al tenor de lo que establece la Resolución JD-764 de 8 de junio de 1998, modificada por

las Resoluciones JD-1236 de 1999 y JD-4466 de 2003.

De igual manera, resulta necesario reiterar lo manifestado por el Administrador General de la Autoridad en su informe de conducta, con respecto a la deficiencia probatoria en la que incurrió la demandante, cuando expresó lo siguiente, cito:

“Tal como hemos señalado en puntos anteriores, el procedimiento especial para la calificación de solicitudes de eximencia de caso fortuito y fuerza mayor, obliga a la empresa distribuidora a aportar todas las pruebas (i) que sean necesarias para demostrar que tomó todos los cuidados necesarios para evitar el evento, (ii) que dicha prueba demuestre una relación casual con el hecho y (iii) que, además, esas pruebas cumplan con ciertos requisitos.

...
Siendo así las cosas, los argumentos planteados por la demandante en cuanto a la imprevisibilidad de los hechos no tiene asidero en pruebas contundentes, que válidamente demostraran el nexo causal de lo alegado con los hechos invocados como Fuerza Mayor y Caso Fortuito. Solo se trata de afirmaciones sustentadas en pruebas que no pueden ser comprobadas fehacientemente y no corresponde a la Autoridad demostrarlo, sino a la empresa prestadora del servicio aportar aquella prueba que por anticipado le permita demostrar lo que la normativa reguladora en ese sentido le exige y que tiene a bien enumerarle en la sección 1.5.1 del Anexo B de la Resolución JD-4466 de 2003, antes referida.” (Cfr. fojas 52 y 53 del expediente judicial).

De lo expresado en los párrafos anteriores, se puede concluir que a través de las pruebas aportadas por **Elektra Noreste, S.A. (ENSA)**, no se logró demostrar la existencia de una relación de causa y efecto entre los eventos aducidos como de fuerza mayor o caso fortuito, y el incumplimiento, por parte de la empresa distribuidora, en cuanto a su obligación de prestar un suministro de energía eléctrica de conformidad con las normas de calidad del servicio técnico y del servicio comercial, según lo estipula el artículo 3 del Anexo A de la Resolución AN-3712-Elec de 28 de julio de 2010; ya que la Autoridad reguladora no pudo corroborar que dichas pruebas, constituidas en su mayoría por una breve descripción del acto, los datos relatados por un testigo y algunas fotos, correspondieran a las incidencias ocurridas.

Por otro lado, tampoco quedó evidenciado que las causales invocadas como sustento de las solicitudes de eximencia obedecieran a hechos que escapaban del control de esa concesionaria o que fueron ocasionadas por un tercero, tal como fue alegado por la recurrente.

Lo anteriormente indicado, permitió a esta Procuraduría reiterar que en el proceso bajo análisis no se han infringido los artículos 1 y 2 del Procedimiento para Determinar la Calificación de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, contenido en el Anexo A de la Resolución AN-3712 de 28 de julio de 2010; y los artículos 140, 145 y 146 de la Ley 38 de 2000, por lo que las afirmaciones hechas en este sentido por la parte actora en su demanda deben ser desestimadas.

Al respecto, resulta oportuno mencionar la situación jurídica que ocupa nuestra atención, ya ha sido dilucidada por la Sala Tercera al menos en tres (3) ocasiones, a saber: la **Sentencia de 14 de julio de 2015**, la **Sentencia de 30 de noviembre de 2015**, y la **Sentencia de 12 de julio de 2017**, por medio de las cuales, el Tribunal declaró que las resoluciones dictadas por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, por cuyo conducto, rechazó solicitudes de eximencia de responsabilidad por caso fortuito y/o fuerza mayor presentadas por las empresas distribuidoras, no son ilegales. A continuación, reproduciremos un pequeño extracto de los citados pronunciamientos judiciales:

"Sentencia de 14 de julio de 2015:

...En ese orden, se colige del examen del respectivo expediente administrativo, que la sociedad denominada EMPRESA DE DISTRIBUCION ELECTRICA CHIRIQUI, S.A., tuvo una clara oportunidad para oponerse a las pretensiones de la Autoridad demandada, objetando sus consideraciones para tratar de revertir dicha actuación en primera instancia; y tanto es así, que la Autoridad censurada modifica los puntos primero y segundo de las resoluciones demandadas.

...

...En ese sentido, la Sala aprecia que los llamados eventos de caso fortuito y fuerza mayor, desarrollados por la demandante en apego a sus argumentos, a su vez ocasionaron daños a las diversas líneas de transmisión...

Los elementos fácticos-jurídicos expuestos, son suficientes para que la Sala considere infundados los cargos de ilegalidad aducidos en el libelo de demanda, pues es obligatorio para la EMPRESA DE DISTRIBUCION ELECTRICA CHIRIQUI, S.A., adoptar las medidas necesarias para mantener los niveles de confiabilidad y calidad del servicio de energía, correspondiente a su concesión.

..."

"Sentencia de 30 de noviembre de 2015:

...Es decir, al momento de remitirnos a la parte motiva de

la resolución en estudio y su acto confirmatorio, es posible apreciar que existieron deficiencias probatorias en las que incurrió la demandante que dieron lugar al rechazo de las mencionadas solicitudes; y es que la simple presentación de pruebas sin comprobar un nexo causal entre los hechos y las deficiencias en el servicio, no resulta fehaciente del derecho reclamado.

Tal y como se aprecia, no es posible corroborar con el material probatorio la eximencia de responsabilidad por parte de la empresa distribuidora, ya que en su mayoría la prueba sólo presenta de forma somera descripción de la supuesta causa, los datos relatados por un testigo y algunas fotos, que presuntamente corresponderían a las incidencias ocurridas, por lo que, dada esta escasez de en la prueba, no es posible rebatir con ello la fuerza legal del acto acusado, dado que la empresa concesionaria debió comprobar que cada evento señalado como causa del incumplimiento de la obligación que debe satisfacer las normas de calidad pactadas, fueron consecuencia de eventos que resultaran irresistibles y producidos por terceros tal y como exige el concepto de eventos de fuerza mayor y/o caso fortuito como eximentes de responsabilidad.

...

"Sentencia de 12 de julio de 2017

"De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 12 del texto único de la Ley 6/1997, relativo a los deberes y obligaciones de las empresas prestatarias del servicio de electricidad, **es necesario que tales compañías garanticen que el servicio que ellas brindan se efectúen manera continua y eficiente. La prenombrada disposición señala lo siguiente:**

'Artículo 12. Deberes y obligaciones. Los prestadores del servicio público de electricidad tendrán los siguientes deberes y obligaciones, sin perjuicio de los que establezcan otras disposiciones legales:

1. **Asegurar que el servicio de (se) preste en forma continua y eficiente** y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al cliente frente a terceros.
(...)"

Lo anterior es ciertamente importante, toda vez que garantiza que los usuarios puedan gozar de la prestación de un servicio de suministro de energía eléctrica de conformidad con las normas de calidad del servicio técnico y comercial. **Con estas obligaciones mínimas, los clientes no se deberían ver afectados por falta de mantenimiento del sistema de distribución de la red de electricidad, y de esta manera estar seguros que metas de calidad en la prestación del servicio de electricidad cumplen.**

De conformidad con lo antes indicado, **las empresas prestadoras del servicio de electricidad (salvo que justifiquen con pruebas idóneas las solicitudes de eximencias por causas fortuitas o de fuerza mayor); no le es dable perjudicar o afectar a los clientes que requieren de un servicio de conexión continua, eficiente y de calidad de la prestación del servicio de electricidad y de esta forma garantizarse el cumplimiento de las normas de calidad del servicio técnico y comercial.**

Ligado a lo antes expuesto, es pertinente indicar que la Resolución JD 765 del 8 de junio 1998 (por medio de la cual se dictan normas de calidad del servicio comercial para las empresas que prestan el servicio público de distribución de electricidad) en su Anexo –A, estableció dentro de sus generalidades que las empresas de Distribución Eléctrica deberán proveer además del suministro de energía eléctrica, un conjunto de servicios comerciales necesarios para mantener un nivel adecuado de satisfacción a sus clientes, y que dicho incumplimiento conllevará la compensación de sus clientes. **Sólo se exceptúan de las compensaciones indicadas, los casos debidamente comprobados de fuerza mayor y caso fortuito**, de conformidad con lo establecido en la Ley 6/1997; y **como quiera que las prestarias no logran presentar las pruebas idóneas, para acreditar dichos sucesos, la ASEP no accedió a las solicitudes de eximencias solicitadas por las empresas EDEMET y EDECHI.**

Por todas las razones previamente motivadas a través de la presente decisión, esta Corporación de Justicia finalmente arriba a la conclusión que no queda otra alternativa que proceder a desestimar los argumentos planteados por la firma GALINDO, ARIAS & LÓPEZ, en representación de la empresa de Distribución Metro Oeste, S.A. (EDEMET); y la empresa de Distribución Eléctrica Chiriquí, S.A...”

Actividad Probatoria.

Mediante el Auto de Pruebas 454 de 22 de diciembre de 2017, confirmado por la Resolución de 9 de abril de 2018, la Sala Tercera admitió las copias autenticadas de la Resolución AN 10999-Elec de 3 de marzo de 2017, emitida por el Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y su acto modificatorio; el original del certificado del Registro Público de Panamá, donde consta la existencia, vigencia y representación legal de la empresa accionante; al igual que la prueba de informe propuesta por la actora (Cfr. fojas 11-12, 13-25, 26-46, 102 y 103 del expediente judicial).

Por otra parte, se advierte que en dicho auto la Sala Tercera **no admitió** los documentos

aportados por la parte actora con su escrito de pruebas, así como **tampoco admitió las pruebas testimoniales y la prueba pericial en materia de electricidad aducidas por la recurrente**, por considerar que dichos medios de prueba no cumplen con lo previsto en los artículos 783 y 857 (numeral 3) del Código Judicial (Cfr. fojas 74-95, 104 y 105 del expediente judicial).

Sobre este punto, siendo ésta la oportunidad procesal correspondiente para la debida valoración de las pruebas aportadas y admitidas, este Despacho estima necesario advertir que de la revisión del expediente administrativo al igual que de las certificaciones remitidas por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, en el presente proceso la accionante no **logró variar la presunción de legalidad que reviste al acto acusado** y, en consecuencia, **no cumplió con su obligación de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas en que sustenta su pretensión, tal como lo exige el artículo 784 del Código Judicial**; deber al que se refirió la Sala Tercera en su Auto de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos... Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.

‘Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...’ (La negrita corresponde a la Sala Tercera).

Al respecto del artículo transcrito, es **la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.**


Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: *‘en las actuaciones administrativas se debe observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores’*. (PENAGOS, Gustavo. *Vía Gubernativa*. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).


En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *‘la*

carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor'. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fe, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)..."

En razón de lo arriba expuesto, reiteramos nuestra solicitud a los Honorables Magistrados a fin que se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución AN 10999-Elec de 3 de marzo de 2017**, emitida por el Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, y en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la empresa demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 408-17